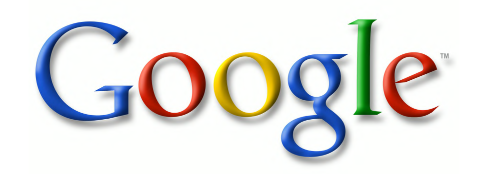
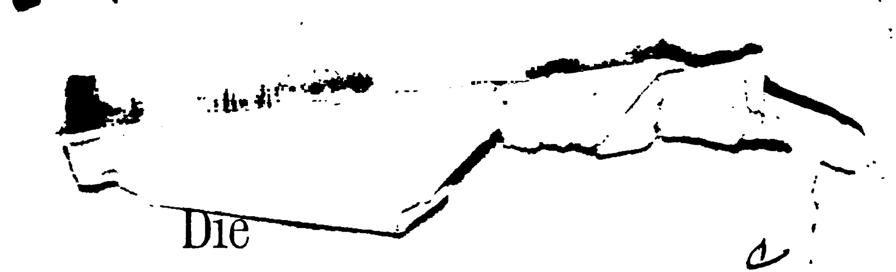


Pauls

Die theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio





Die theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät Erlangen
eingereicht von

August Pauls
Gerichtsreferendar
aus
Düsseldorf.



Düsseldorf im Juli 1895.
Druck von Ed. Lintz.

Seinen theuern Eltern widmet diese Arbeit

der dankbare Sohn.

Literatur-Verzeichniss.

1. Agrikola, de ratihabitione. 1848.
2. Bartoli, la ratifica riguardo alla inesistenza ed alla rescindibilità degli atti giuridici. Napoli 1885.
3. Basiliken, ed. Heimbach. 1833.
4. Beckhaus, Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1859.
5. Bekker, Pandekten. 2. Band. 1889.
6. Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato Romano. Volume I/II. Roma 1889/91.
7. Busse, de ratihabitione 1834.
8. Chambon, Die negotiorum gestio. 1848.
9. Cuiacius, opera. tomus VII. Lutetiae Parisiorum 1658.
10. Donellus, opera. tomus XI. Lucae, 1767.
11. Girtanner, de ratihabitione negotiorum gestorum. 1848.
12. Gregory, specimen iuris civilis de ratihabitione. 1864.
13. Griesinger, Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1862.
14. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts. XV. Jahrgang. 1871.
15. Heimbach, Aufsatz über Ratihabition in Weiskes Rechtslexikon. IX Band. 1855.
16. Köllner, Die Grundzüge der neg. gestio. 1856.
17. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Rechte. 1885.
18. v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878.
19. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band I und II. 1888.
20. Polignani, la dottrina della ratihibitio. Napoli 1869.
21. Regelsberger, Pandekten. I. Band. 1893.
22. Scheller, Bedeutungen und Wirkungen der Ratihabition. 1887.
23. Lothar Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868.
24. Siegrist, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1887.
25. Steinlechner, Kritik zu Zimmermann: „Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio" in Grünhuts Zeitschrift. Band IV. 1877.
26. Ubelohde, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862.
27. Windscheid, Pandekten, I. und II. Band. 1891.
28. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio. 1876.
29. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft. 1879.
30. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte und der Entwurf. I. und II. Band. 1889/90.

Inhaltsübersicht.

I. Theil:

Grundlegendes.

§ 1. Der Begriff negotiorum gestio und seine Beziehungen zur Genehmigung.

§ 2. Umgrenzung des Themas durch Ausschliessung aller Fälle, in denen theilweise Genehmigung rechtlich unmöglich ist.

II. Theil:

Wann ist theilweise Genehmigung bei neg. gestio wirksam?

A. Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft den Inhalt der neg. gestio bildete.

§ 3. Kritik der bisher aufgestellten Theorien.

Erste Gruppe: Schriftsteller, welche theilweise Genehmigung schlechthin zulassen. (Die Glosse, Donell, Girtanner, Köllner, Griesinger).

Zweite Gruppe: Schriftsteller, welche theilweise Genehmigung für schlechthin unzulässig erklären. (Busse, Chambon, Heimbach, Gruchot, Lothar Seuffert).

Dritte Gruppe: Schriftsteller, welche theilweise Genehmigung nur unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erachten. (Sintenis, Agrikola, Beckhaus, Gregory, Polignani, Zimmermann, v. Monroy, Mitteis, Scheller, Siegerist, Bertolini, Regelsberger, Bekker).

§ 4. Exegese der drei Quellenstellen ll. 17 und 18 D. 46. 8 und der l. 4 § 1 D. 45. 1. (Catoparagraph).

§ 5. Folgerungen aus der Exegese:

1. für die indirekt-stellvertretende neg. gestio;
2. für die direkt-stellvertretende neg. gestio;
3. für die unechte neg. gestio.

B. § 6. Fälle, in denen mehrere Rechtsgeschäfte den Inhalt der neg. gestio bilden:

1. bei rechtlich nicht zusammenhängenden Rechtsgeschäften;
2. bei rechtlich zusammenhängenden Rechtsgeschäften (zwei Gruppen).

C. § 7. Die Berechtigung der Erben des Geschäftsherrn zur theilweisen Genehmigung.

D. § 8. Die Rechtswirkungen der theilweisen Genehmigung.

III. Theil:

Ueber Vorschläge de lege ferenda. Schlusszug.

§ 9. Ueber Vorschläge de lege ferenda.

§ 10. Schlusszug.

Die theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio.

I. THEIL.

Grundlegendes.

§ 1. Der Begriff negotiorum gestio und seine Beziehungen zur Genehmigung.

Zur Erörterung der Frage, ob theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio wirksam sei, ist es unerlässlich, den Begriff negotiorum gestio zu definiren und in Kürze die Wirkungen darzustellen, welche die nachfolgende Genehmigung auf das vom gestor abgeschlossene Geschäft ausübt.

Das römische Recht versteht unter negotiorum gestio im engern Sinne[1]) das Thätigwerden in fremden Angelegenheiten, welches ohne Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniss eintritt.

Eine neg. gestio kann nun derartig gestaltet sein, dass der Geschäftsführer aus eigenem Antriebe und in der Absicht das Interesse des dominus negotii zu fördern, thätig wird. Dies ist echte negotiorum gestio. Es kann aber auch jene Absicht fehlen oder die Handlung nicht aus freiem Antriebe des gestor hervorgehen. In solchen Fällen reden wir von unechter neg. gestio. Sie tritt ein in allen Fällen, wo der gestor sein eigenes Interesse oder dasjenige eines Dritten wahrnimmt, wo er im Auftrage eines Dritten thätig wird, oder irrthümlicher Weise

---

[1]) Im weitern Sinne hat das Wort neg. gest. noch mannigfache Bedeutungen, welche hier nicht in Betracht kommen. Arg. l. 3 § 1 D. 20. 4. l. 2 § 1 D. 44. 7. l. 1 pr. D. 19. 3.

Vgl. Windscheid, Pandekten. 7. Aufl. 2. Band. § 430. Anm. 1a.

annimmt, er sei vom dominus zur Besorgung von dessen Angelegenheiten beauftragt worden[1]).

Die echte neg. gestio kann wiederum so gestaltet sein, dass der neg. gestor als direkter oder als indirekter Stellvertreter des dominus auftritt: wir unterscheiden demgemäss zwischen direkt-stellvertretender und indirekt-stellvertretender neg. gest. Die Geschäftsführung ist eine direkt-stellvertretende,[2]) wenn der gestor im Namen und auf Rechnung des dominus handelt mit der Wirkung, dass nach stattgehabter Genehmigung der Geschäftsherr selbst berechtigt und verpflichtet wird.

Indirekt-stellvertretende neg. gestio liegt hingegen vor, wenn der gestor zwar die Absicht hat, den dominus zu vertreten, wenn er also mit contemplatio domini handelt, jedoch die neg. gestio auf eigenen Namen vornimmt. Dabei kann die Absicht, das Interesse des dominus zu fördern, in die Erscheinung treten (aufgedeckte neg. gestio), oder sie kann der Aussenwelt verborgen bleiben (verdeckte neg. gestio). Während die direkt stellvertretende neg. gestio naturgemäss stets zugleich eine aufgedeckte ist, kann die indirekt stellvertretende sowohl eine aufgedeckte, als auch eine verdeckte Geschäftsführung sein.

Das zwischen dem g. und dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft erzeugt an sich noch keine unmittelbaren Rechtswirkungen für den Geschäftsherrn. Es bedarf dazu der Genehmigung desselben.

Unter Genehmigung verstehen wir diejenige freiwillige,[3]) einseitige[4]) Willenserklärung, durch welche der

---

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten. 2. Band § 431.

[2]) Ich schliesse mich hier dem herrschenden Sprachgebrauche an. Nur die direkte Stellvertretung ist wahre, echte Stellvertretung; der indirekt-stellvertretende negotiorum gestor ist Ersatzmann.

[3]) Vgl. Lothar Seuffert, die Lehre von der Ratihabition. 1868. S. 36 ff.

[4]) Heute unbestritten. Vgl. Seuffert a. a. O. S. S. 39. 40 und Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano. Volume I. Roma 1889, pag. 89.

Geschäftsherr Rechtswirkungen auf sich herüberleitet, die aus der Handlung fremder Personen entstehen. Die Quellen nennen diese nachfolgende Genehmigung des dominus stets ratihabitio[1]).

Anders sind nun die Rechtswirkungen der Genehmigung bei der direkt-stellvertretenden neg. gest., anders bei der indirekt-stellvertretenden.

Die direkt-stellvertretende auftraglose Geschäftsführung lässt das vom gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft in der Schwebe, sie suspendirt seine rechtliche Wirksamkeit, bis der dominus kundgegeben hat, ob er genehmige oder nicht. Genehmigt der Geschäftsherr, dann wird er allein aus dem Rechtsgeschäfte des gestor berechtigt und verpflichtet.

Bei der indirekt-stellvertretenden neg. gestio wird hingegen allein und sofort der Geschäftsführer verpflichtet.

Die Genehmigung des dominus hat hier nur Bedeutung für den gestor, es entsteht zwischen ihm und dem dom. eine ähnliche Rechtsbeziehung, wie zwischen Mandant und Mandatar. Die obligatorische Beziehung zwischen gestor und dominus ist bereits vor der Genehmigung, sowohl bei der direkt- wie bei der indirekt-stellvertretenden Geschäftsführung vorhanden. Dabei ist es auch gleichgiltig, ob aufgedeckte oder verdeckte neg. gestio vorlag. Soweit über die echte neg. gestio.

Ob auch bei der unechten auftraglosen Geschäftsführung Genehmigung möglich ist, darüber hat sich bis jetzt noch keine feste Theorie gebildet, zumal da die Quellen die ratihabitio der unechten neg. gestio fast gänzlich übergangen haben. Da lässt uns denn ein Zurückgehen auf den Grund der nachträglichen Genehmigung auch hier

---

[1]) Der Begriff ratihabitio hat noch andere Bedeutungen in den Quellen als „nachfolgende Genehmigung" einer neg. gestio. Ratihabitio bedeutet ausserdem vorzüglich:

a) Nachfolgende Einwilligung für den Fall einer von einem Andern vorgenommenen Handlung, die fremder Einwilligung bedarf. Arg. c. 7. C. 4. 28.

zu einem bejahenden Resultate gelangen. Die ratihabitio hat ihren Grund in einem Thatbestandsfehler des vom gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Ihr Zweck ist die Ersetzung des fehlenden Thatbestandstückes „Ermächtigung", sie ist selbst ein Ermächtigungsgeschäft, dessen Individualität in der zeitlichen Stellung beruht.

Daraus erhellt, dass alle Personen, welche die fehlende Ermächtigung rechtzeitig zu ertheilen vermocht hätten, zur Ratihabition berechtigt sind. Genehmigung ist demnach auch bei unechter negotiorum gestio zulässig.

---

§ 2. Umgrenzung des Themas durch Ausschliessung aller Fälle, in denen theilweise Genehmigung rechtlich unmöglich ist.

Unsere Aufgabe muss es sein, gemäss den eben gegebenen Ausführungen die Wirksamkeit einer theilweisen Genehmigung bei negotiorum gestio zu untersuchen. Hierzu ist zweckfördernd, a limine alle die Fälle auszuschliessen, in denen theilweise Genehmigung rechtlich unmöglich ist. Völlig unbestritten ist zunächst nur der eine Satz, dass das vom gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft einen denkbarerweise theilbaren Inhalt haben muss [1]. Kann eine quotale Theilung des Objektes nicht

b) Bestätigung eines eigenen Rechtsgeschäftes, welches aus irgend einem Grunde ungiltig ist. Arg. c. 25. C. 5. 16.

Vgl. darüber Seuffert, a. a. O. S. S. 1—7 und Regelsberger, Pandekten I. 1893. S. 596.

Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich zweiter Lesung ist Genehmigung, auf Vorschlag Zitelmanns, gleichbedeutend mit: „nachträgliche Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte eines Andern." Vgl. Entwurf 1. Lesung § 127. Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entwurf. II. Theil. 1890, S. 118. Entwurf 2. Lesung §§ 150–152.

Vgl. hierüber besonders: Seuffert a. a. O. S. 16, Seite 26 und Bertolini a. a. O. § 17 „ratifica del dominus subbiettive." S. 120 ff.

[1]) Vgl. Seuffert a. a. O. S. 81. Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio. 1876. S. 167. Bertolini, a. a. O. S. 93.

stattfinden, was z. B. bei Prädialservituten und Obligationen, die auf ein untheilbares facere gehen, der Fall ist, dann ist theilweise Genehmigung rechtlich unmöglich.

Desgleichen dürfte von vornherein die Möglichkeit einer partiellen Genehmigung in der Form, dass der dominus nur einzelne Vertragsbestimmungen genehmigt, abzuweisen sein[1]). Das Rechtsgeschäft existirt in der konkreten Gestalt, welche die Parteien (gestor und tertius) ihm gegeben haben, und dem Geschäftsherrn steht deshalb nur die Berechtigung zu, das Rechtsgeschäft des gestor hinsichtlich der Vertragsabreden ganz zu genehmigen oder ganz abzulehnen.

Genehmigt daher der dominus nur einen Theil der Vertragsbestimmungen, dann liegt in einer derartigen Ausscheidung von Vertragsbestimmungen ein neuer Antrag, welchen der Dritte (bei direkt-stellvertretender neg. gestio), oder der gestor (bei indirekt-stellvertretender neg. gestio) nach seinem Belieben annehmen oder ausschlagen kann. Schlägt der Dritte, bezw. der gestor den Antrag aus, dann gilt die Genehmigung als nicht erfolgt; nimmt er an, dann kommt ein gänzlich neues Rechtsgeschäft zustande, dessen Vertragsinhalt theilweise derselbe ist wie derjenige des ursprünglich vom gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäftes.

Infolge dieser beiden Resultate verkleinert sich der Kreis der Möglichkeiten einer theilweisen Genehmigung bei negotiorum gestio. Theilweise Genehmigung ist absolut ausgeschlossen in Bezug auf die Qualität des vom Geschäftsführer abgeschlossenen Rechtsgeschäftes; hinsichtlich der Quantität kommt sie nur dann in Frage, wenn das Rechtsgeschäft einen theilbaren Inhalt hat. Allein solche Fälle können den Gegenstand der Untersuchung bilden.

Haben die Kontrahenten (gestor und tertius) theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn für unzulässig

---

[1]) Vgl. Agrikola, de ratihabitione. 1848. p. 33. Seuffert, a. a. O. S. 80. Siegerist, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1887. S. 87.

erklärt, dann ist er hieran gebunden. Genehmigt er trotzdem nur einen Theil, dann liegt Versagung der Genehmigung, verbunden mit neuer Offerte, vor.

II. THEIL.

Wann ist theilweise Genehmigung bei neg. gestio wirksam?

A. Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft den Inhalt der neg. gestio bildet.

---

§ 3. Kritik der bisher aufgestellten Theorien.

Nur drei Fragmente sind in der Justinianeischen Kompilation enthalten, in welchen von einer theilweisen Genehmigung die Rede ist. Dies sind die ll. 17 und 18 D. rem ratam haberi 46. 8 und die l. 4 § 1 D. de verborum obligatione 45. 1.

Wegen der grossen Bedeutung, welche die angeführten Quellenzeugnisse für die vorliegende Streitfrage besitzen, ist es zweckmässig, sie den Erörterungen vorauszuschicken. Ihnen wird sich eine Kritik über die bisher geäusserten Ansichten anschliessen.

Unsere Stellen lauten:

fr. 17 D. ratam rem haberi et de ratihabitione 46. 8. Marcellus libro vicensimo primo digestorum. Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus, dicendum est obligationis partem consumptam, quemadmodum si decem stipulatus esset aut exegisset creditorque non totum, sed partem rei gestae comprobasset. idcirco si ex stipulatu „decem aut Stichum, utrum ego voluero“ absente me Titius domino quinque petisset, insecuta ratihabitione recte actum videri.[1])

---

[1]) Dieser lex entnommen ist unzweifelhaft das Basilikenfragment lib. IX. tit. 11 cap. 17.

..... *'Εὰν μέρος τοῦ πραχθέντος ἀποδέξηται ὁ δεσπότης, ἐπὶ τῷ λοιπῷ βεβαιοῦται ἡ ἐπερώτησις, καὶ οὐκ εἰς τὸ πᾶν.* (Heimbach, Basilikenausgabe, 1833. Band I S. 488).

fr. 18 D. ratam rem haberi et de ratihabitione 46. 8. Pomponius libro vicensimo sexto ad Sabinum. Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebit, quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis et ideo saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit . . . . . .

l. 4 § 1 D. de verborum obligatione 45. 1. Paulus libro duodecimo ad Sabinum. Cato libro quinto decimo scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti „iter fieri"[1]), quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti „amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem „per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat?" sed magis idem quod in illa stipulatione „Titium heredemque eius ratum habiturum", nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videbatur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Gehen wir nun über zu einer Kritik der bisher geäusserten Ansichten. Unter den Schriftstellern, welche

---

[1]) **Lenel**, Palingenesia I. Sp. 1283 bemerkt dazu: „veluti iter fieri" movent haec interpolationis suspicionem.

sich mit der Streitfrage beschäftigt haben, sind drei Gruppen zu unterscheiden. Eine Gruppe erklärt theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn für schlechthin möglich, eine zweite leugnet jede Möglichkeit einer theilweisen Genehmigung, während eine dritte sie zwar für zulässig erklärt, jedoch nur bei gewissen Voraussetzungen.

I. Gruppe. Betrachten wir zunächst die erstgenannte Gruppe!

Glosse. Bereits die Glosse[1]) nahm an, dass trotz der Schlussworte des Paragraphen Cato eine theilweise Genehmigung des dominus möglich sei. So bemerkt Accursius in der Note zu den Schlussworten des Paragraphen Cato: „immo potest", und verweist zur Erhärtung seiner Behauptung auf die l. 18 D. 46. 8. Accursius hat seine Ansicht nicht weiter ausgeführt.

Donellus. Eingehender hat Donellus[2]) sich mit dem Problem beschäftigt. Bei der Interpretation der Schlussworte des Catoparagraphen: „quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest" erklärt er, dass theilweise Genehmigung stets zulässig sei. Donell stellt diese Behauptung nicht allein im Hinblick auf die l. 18 D. 46. 8 auf, sondern besonders, weil sie sich „ratione manifesta" ergebe. Denn da der dominus „in totum" die Genehmigung versagen und ertheilen könne, sei er umsomehr berechtigt, nur zu einem Theile zu genehmigen. „Non enim debet, cui quod plus est, licet, quod minus est, non licere" heisse es in l. 21 D. de div. reg. iuris antiqui 50. 17.

Die von Donell gebotene Lösung scheint mir nicht ganz einwandfrei zu sein. Sicher beweist die l. 21 D. 50. 17 nichts für die Möglichkeit theilweiser Genehmigung; denn dann müsste z. B. in specieller Anwendung auf das Erbrecht der Schluss Donells etwa so lauten: „Der Erbe kann eine ihm deferirte Erbschaft ganz antreten und ganz ausschlagen, folglich kann er sie umsomehr zum Theile antreten!"

---

[1]) Digestum novum, Parisiis apud Guilelmum Merlin. 1559. col. 923, notae c—m. col. 1254, notae t—i. col. 1255, notae a—p.

[2]) Hugonis Donelli, Commentarii ad tit. de verb. obl. coll. 493—96 in Donelli opera omnia, vol. XI. Lucae 1767.

Zur Beurtheilung unseres Problems wird man unterscheiden müssen zwischen dem Rechte des Geschäftsherrn zur Genehmigung und dem Rechte aus der Genehmigung. Dass der dominus das subjektive, aus der Genehmigung entspringende Recht nach seinem Belieben ganz oder zum Theile ausüben darf, ist unbestritten und bedarf keines Beweises.

Das thema probandum liegt also nur in der Frage, ob der dominus sein Recht zur Genehmigung mit Rechtswirksamkeit zum Theile ausüben dürfe und für dieses Problem beweist die l. 21 D. 50. 17 nichts. Somit ist die Grundlage für die Behauptung Donells hinfällig.

Ebenso wie Donell erklärt Girtanner[1]) theilweise Genehmigung des dominus für schlechthin zulässig. Er verlangt jedoch Theilbarkeit des Objektes. Bei theilbarem Objekte sei der Wille der Parteien sowohl auf das Rechtsgeschäft als Ganzes, wie auf jeden Theil desselben gerichtet: sicut maius continet minus. Girtanner.

Daraus erhelle, dass der dominus stets pro parte seine Genehmigung ertheilen könne, was auch die Quellen anerkännten.

Gegen Girtanner's Argumentation habe ich zu bemerken, dass es auch bei theilbarem Objekte keineswegs nothwendig ist, dass der Wille der Parteien sowohl auf das Ganze, wie auf einen Theil desselben gerichtet sei. Es giebt Fälle genug, in denen der Wille der Parteien nur auf das Ganze gerichtet ist. Kauft z. B. der gestor vom Dritten ein Grundstück, dann wird sich der Wille der Parteien in den meisten Fällen nur auf das Grundstück als Komplex individualisiren, ohne dabei auch auf einen Theil des Grundstückes gerichtet zu sein; denn das Grundstück besitzt in den meisten Fällen als einheitlicher Komplex einen proportional höhern Werth, als einzelne Theile desselben. Girtanner könnte höchstens behaupten: „Wenn der Wille der Parteien sowohl das

---

[1]) **Girtanner**, de ratihabitione negotiorum gestorum. 1818. p. 28 squt.

Ganze umfasst, wie einen Theil desselben, ist theilweise Genehmigung zulässig.“ Die angegebene Voraussetzung erhob Girtanner jedoch zum Grunde und darin liegt der Hauptfehler seines Beweises.

Köllner. Im Gegensatze zu Girtanner legte Köllner[1]) zur Entscheidung der Streitfrage das Hauptgewicht auf den Willen des Geschäftsherrn. Soweit dieser sich kundgebe, sei er massgebend für die Beurtheilung der Frage, welcher Gegenstand genehmigt sei. Danach entscheide sich auch die Frage, ob er die Handlung ganz, oder in einzelnen Theilen gutgeheissen. Die Annahme, dass theilweise Ratihabition unzulässig sei, beruhe auf einem Missverständnisse des Paragraphen Cato.

Köllner setzt das thema probandum demnach als völlig bewiesen oder eines Beweises nicht bedürftig voraus und stellt es lediglich dem Belieben des dominus anheim, ganz, pro parte, oder gar nicht zu genehmigen.

Derartige Erörterungen bringen die Streitfrage um nichts ihrer Lösung entgegen. —

Griesinger. Originell, aber auch misslungen ist der Lösungsversuch Griesingers[2]). Griesinger sucht nicht nur quellenmässig zu beweisen, dass Genehmigung pro parte möglich sei, sondern er leitet diese Möglichkeit direkt „aus dem Wesen der Ratihabition an sich“ ab.

Auf Seite 49 seiner Abhandlung heisst es: „Wenn auch die Absicht des andern Kontrahenten auf ein Plus gerichtet ist und derselbe ein Geschäft von grösserm Umfang oder Gegenstand abschliessen will, so hat das doch lediglich keine andere Bedeutung, als der Irrthum eines Kontrahenten über den Umfang und die Eigenschaften des Gegenstandes des Geschäftes überhaupt, und es sind daher die über den Einfluss des letztern im allgemeinen geltenden Grundsätze auch hier zur Anwendung zu bringen.“ Damit glaubt Griesinger die stete Zulässigkeit der theil-

---

[1]) Köllner, die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum. 1856. S. 118.

[2]) Griesinger, Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1862, S. 47 ff.

weisen Genehmigung bewiesen zu haben. Nehmen wir an, Griesinger's Behauptung, die für den Irrthum rücksichtlich der Quantität geltenden Rechtsnormen seien hier zur Anwendung zu bringen, sei richtig.

Solche Voraussetzung kann schlagend die Haltlosigkeit der Griesingerschen Hypothese darthun; denn es gibt zahlreiche Fälle, in denen der Irrthum hinsichtlich der Quantität die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt.[1])

Man muss rücksichtlich des Irrthums in der Quantität scharf sondern zwischen Fällen, in denen die Quantitätsbezeichnung als Eigenschaftsbezeichnung eines individuell bestimmten Objektes vorkommt und Fällen, in welchen sie das Individualisationsmoment des Geschäftsobjectes bildet. Wurde in den erstgenannten Fällen die Quantitätsbezeichnung zur Bedingung (wenn auch nur zur uneigentlichen) des Rechtsgeschäftes erhoben, dann erzeugt der Irrthum Nichtigkeit. Wenn dagegen die Quantitätsbezeichnung als Individualisationsmoment des Rechtsgeschäfts vorkommt, tritt Nichtigkeit dann ein, wenn die Absicht des Versprechenden auf weniger geht, als die des andern Kontrahenten.[2]) Also gerade eine Anwendung der Rechtsgrundsätze, welche beim Irrthum in der Quantität Platz greifen, führt zum Resultate, dass theilweise Genehmigung keineswegs in allen Fällen zulässig ist. Ausserdem liegt nicht die mindeste Berechtigung zu dem Griesinger'schen Analogieschlusse vor; denn von irgend einem Irrthum des dritten Kontrahenten beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes kann nicht die Rede sein.[3])

Alle bisher gebotenen Versuche, die absolute Berechtigung des Geschäftsherrn zu einer Genehmigung

---

[1]) Vgl. darüber Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft 1879. S. 593—614. S. 553 ff.

[2]) Arg. l. 52 D. 19. 2 und l. 9 pr. D. 18. 1 (rücksichtlich des Preises).

[3]) Vgl. auch Seuffert a. a. O. S. 91. Seuffert geht auf anderm Wege gegen Griesinger vor.

pro parte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten, sind somit als gescheitert anzusehen.

II. Gruppe.

Untersuchen wir nunmehr, ob nicht jene Schriftsteller, welche die Wirksamkeit einer theilweisen Genehmigung völlig in Abrede stellen, das Problem gelöst haben. Da bietet sich uns zunächst der Versuch Busses[1]) dar.

Busse.

Busse hat seine negirende Ansicht lediglich durch Emendationen und Interpretationen der ll. 17 und 18 D. 46. 8 zu stützen versucht. Er beruft sich auf die Schlussworte des Catoparagraphen: „quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest" und behauptet, dass principiell jede theilweise Genehmigung einer negotiorum gestio unzulässig sei. Diese Ansicht sucht er mit den ll. 17 und 18 D. 46. 8 in Einklang zu bringen. So vergleicht er die l. 17 cit. mit der l. 26 § 13 D. 12. 6 und behauptet, beide leges behandelten denselben Rechtsfall. Zwar müsse man zu einer Emendation greifen, welche sich jedoch mit Leichtigkeit anbringen lasse.[2]) Lex 17 cit. sei eine lex fugitiva, sie behandele nicht die ratihabitio, sondern vielmehr die Frage, ob durch theilweise Zahlung der Schuldner pro parte liberirt werde; damit sei die zweite Frage verknüpft, wie es sich mit Theilzahlungen bei Alternativobligationen verhalte. Die lex 17 cit. betreffe den Fall einer Theilzahlung, die der Schuldner an den gestor geleistet habe und welche später vom Geschäftsherrn genehmigt worden sei: die Forderung des dominus sei höher als decem gewesen. Von theilweiser Genehmigung könne nicht die Rede sein: „illud enim si statuas, non partem petitionis, sed partis petitionis partem ratam habuisset".

Das hinter „exegisset" stehende Komma gehört nach Busses Ansicht hinter „creditor", dessen Appendix „que" einfach zu streichen sei, — „comprobare" bedeute an

---

[1]) Busse, dissertatio inauguralis de ratihabitione. 1834. S. 34. S. 38.

[2]) Busse, a. a. O. S. 36, Anm. 56: Ulpianus igitur librum XX Digestorum Marcelli citat, quo plane idem casus tractatur, quem in fine l. 17 cit., cuius inscriptio librum XXI Digestorum prodit, invenis. Emendatione si opus videatur, levissima erit: hic vel illic si numero XX detrahas I vel adicias.

dieser Stelle nicht „billigen", sondern vielmehr „plene demonstrare".

Auch mit der lex 18 cit. hat Busse sich abzufinden versucht. Diese lex gehöre in die Lehre über die Natur der Obligationen und stehe in Zusammenhang mit der l. 5 D. 45. 1 de verb. obl. Ein Rechtsgeschäft könne die erwähnte Stelle auf keinen Fall betreffen, sondern sie handele von mehrern, wie dies schon hervorgehe aus den „variae causae, quod consumit, litigat, quod advocat, quod damnatus solvit." Der gestor habe mit dem Dritten, der sich mit einer Interessestipulation begnügte, verschiedene Rechtsgeschäfte abgeschlossen. Nun könne im vorliegenden Falle der dominus so pro parte ratihabiren, dass er einigen von den verschiedenen Rechtsgeschäften des gestor die Genehmigung ertheile, andern sie versage; bei einem Rechtsgeschäfte sei er doch keineswegs berechtigt, theilweise zu genehmigen. (Unius negotii partem agnoscere non potuit).

Chambon hat Busses Hypothesen rundweg angenommen.[1] Fast alle andern Schriftsteller weisen dagegen Busses Ansichten als „absurd" und „unbegründet" zurück;[2] eine eingehendere Widerlegung hat ihnen Polignani[3]) zu theil werden lassen. Chambon.

Mit Recht; denn schon die Interpretation, welche Busse von der lex 17 cit. darbietet, ist gewunden und unnatürlich. Ob der Schlusssatz dieser lex wirklich mit dem von Ulpian in der l 26 § 13 D. 12. 6 erwähnten Falle zusammenhängt, ist gleichgiltig, da der Schlusssatz der lex 17 cit. jedenfalls einen Rechtsfall behandelt, welcher mit den vorhergehenden drei Rechtsfällen nicht das Geringste zu thun hat[4]).

---

[1]) Chambon, die negotiorum gestio. 1848. S. 50, Anm. 3.

[2]) Zuerst Sintenis, pract. Civilrecht I. 1844. § 18 Anm. 43. Ausserdem: Seuffert, a. a. O. S. 87. Zimmermann, a. a. O. S. 170. Bertolini, a. a. O. S. 94.

[3]) Polignani, della ratihabitio, Napoli 1869. S. 48 ff.

[4]) Siehe die später folgenden Ausführungen dieser Abhandlung auf S. 32.

Willkürlich und einer Begründung entbehrend sind die beiden von Busse vorgeschlagenen Emendationen in der lex 17 — auch die Uebersetzung von comprobare mit „völlig beweisen“ ist hier keineswegs am Platze. Zwar hat comprobare häufig in der Justinianeischen Kompilation die Bedeutung „beweisen“[1]): hier jedoch muss das Wort „genehmigen“ bedeuten, wie die Verbindung mit „gestae rei“ und besonders die Analogie zu dem zuerst erwähnten Rechtsfalle (. . . partem petitionis ratam habuit dominus) zur Genüge darthut.

Auch die Art, wie Busse die lex 18 cit. interpretirt, muss als verfehlt bezeichnet werden. Vorausgesetzt, dass dieses Fragment mit der l. 5 D. 45. 1 in Verbindung steht, vorausgesetzt, dass es lediglich in die Lehre von der Natur der Stipulationen gehört, (also wieder eine lex fugitiva!), was beweist dasselbe dann gegen die Theilbarkeit der Genehmigung? Vorausgesetzt fernerhin, dass es mehrere Rechtsgeschäfte des gestor betrifft — eine Hypothese, welche durch nichts zu rechtfertigen ist — wie soll sich bei allen diesen Annahmen die Bussesche Behauptung „unius negotii partem agnoscere non potuit“ daraus ergeben?

Busses Begründung einer verneinenden Ansicht ist in allen Punkten als verfehlt anzusehen.

Heimbach. Zu einem verneinenden Resultat gelangt auch Heimbach[2]). Er referirt die Ansichten von Busse und Sintenis, ohne Kritik an ihnen zu üben. Wie die Antinomie zwischen den ll. 17 und 18 D. 46. 8 und dem Paragraphen Cato zu lösen sei, geht aus seinen Ausführungen nicht hervor. Nach Heimbachs Ansicht ist in den ll. 17 und 18. citt. eine theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn nur deshalb zugelassen, weil „es sich im Endresultate immer um eine Geldsumme handele.“ Das sei aber lediglich durch den Charakter des römischen Formularprozesses ermöglicht worden, weil zu seiner Zeit alle iudicia auf

[1]) Arg. l 3 D 34. 9. c. 29 C. 8. 54. (53 bei Mommsen).

[2]) Heimbach, Aufsatz über ratihabitio in Weiskes Rechtslexikon Band IX. S. 456 ff.

eine condemnatio in Geld ergangen seien[1]), wenn auch der Gegenstand der Klage nicht in Geld bestanden habe. Sei auch nach Justinianeischem Rechte die condemnatio nicht mehr bloss auf Geld gerichtet gewesen, sondern auf die Sache selbst, so habe doch bei Geldsummen, welche den Gegenstand der Leistung bildeten, eine theilweise Genehmigung des dominus stattfinden können. Dagegen sei für das heutige Recht eine Berechtigung des dominus zur theilweisen Ratihabition ganz in Abrede zu stellen, weil sie für den Prozessgegner von den nachtheiligsten Folgen sein würde. „Denn liesse man eine theilweise Genehmigung zu in dem in l. 17 D. 46. 8 angeführten Falle, ... dann habe der Prozessgegner wegen dessen einen ganz neuen Prozess zu befürchten.“ Wenn aber, so schliesst Heimbach seine Erörterungen, Einwilligung des andern Contrahenten in die theilweise Genehmigung erforderlich sei, wie dies einige Schriftsteller verlangten, dann könne man nur von dem Abschlusse eines neuen Rechtsgeschäftes sprechen.

Mit dieser letzten Behauptung hat Heimbach ohne Zweifel Recht. Wenn er jedoch annimmt, nach „heutigem Rechte“ (d. h. nach dem früheren gemeinen Prozessrechte) müsse „eine theilweise Genehmigung auch nur hinsichtlich der Summe“ den Prozessgegner einen neuen Prozess befürchten lassen, so war dies für das Justinianeische Recht nicht minder der Fall. Der dominus hatte die faktische und rechtliche Möglichkeit, für den nicht genehmigten Theil des Prozesses von Neuem einen Prozess gegen den Dritten anzustrengen, wie die l. 18 cit. es zur Genüge darthut. Ausserdem behandelt Heimbach nur den Fall einer Prozessvertretung durch den procurator, während die l. 17 cit. offenbar auch von andern Fällen handelt. Wäre also seine Beweisführung auch richtig, so wäre sie doch für die zahllosen andern möglichen Fälle der neg. gestio werthlos.

Es genügt, dass Heimbach für das römische Recht theilweise Genehmigung des dominus, wenn auch unter

[1]) Arg. Gai Jnst. IV. § 48.

vielen Einschränkungen zulässt. Ob nicht auch noch in andern Fällen im römischen Rechte theilweise Genehmigung wirksam war, als im „Falle der Prozessstellvertretung durch den falsus procurator hinsichtlich der Summe," das werden die folgenden Erörterungen ergeben.

Gruchot.

Auch Gruchot[1]) erklärt theilweise Genehmigung eines Rechtsgeschäftes für undenkbar. Als Beweis führt er allein den Schlusssatz des Paragraphen Cato „quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest" an, unter Berufung auf Busse und Chambon. —

Lothar Seuffert.

Alle bisher erwähnten Ausführungen werden weit überragt durch die Erörterungen Lothar Seufferts[2]). Er hält theilweise Genehmigung für unzulässig, weil eine solche das Interesse des tertius oder des gestor in empfindlicher Weise verletzen würde. Es genüge nicht, dass logisch und rechtlich ein Rechtsgeschäft theilbar sei: eine Theilung dürfe ausserdem die Betheiligten nicht in wirthschaftliche Nachtheile bringen. Da Genehmigung pro parte jedoch stets mit wirthschaftlichen Nachtheilen für den tertius oder für den gestor verknüpft sei, dürfe sie unter keinen Umständen Platz greifen. Seuffert muss unumwunden zugeben, dass im römischen Rechte in folgenden drei Fällen theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn statthaft gewesen sei (Arg. ll. 17 u. 18 citt. und der Paragraph Cato):

1. Wenn der procurator des Gläubigers gegen den Schuldner als Kläger im Prozesse aufgetreten sei.

2. Wenn der procurator namens des dominus eine Stipulation als Gläubiger abschloss.

3. Wenn der procurator namens des dominus eine Schuld einkassirte.

Hierüber hinaus habe das römische Recht theilweise Genehmigung nicht für zulässig erachtet. Es sei kein Zufall, dass die Quellen nur die erwähnten drei Fälle

---

[1]) Gruchot, Glossen zum Allgemeinen Landrecht in seiner Zeitschrift: Beiträge zur Erläuterung des preuss. Rechts etc. XV. Jahrgang. 1871. S. 465.

[2]) Seuffert, a. a. O. S. 79 — S. 94.

anführten: nirgendwo finde sich eine Spur von theilweiser Genehmigung eines Kaufes oder eines Darlehns. Was den Fall der Prozessführung durch den Prokurator und die vom gestor abgeschlossene Stipulation anlange, so seien wahrscheinlich die strenge, einseitige und formale Natur der Prozessobligation und der durch die stipulatio erzeugten Obligation die Ursache gewesen, warum das römische Recht eine Theilung auf Seiten des dominus zugelassen habe. Wahrscheinlich habe sich Marzell durch die Aehnlichkeit mit der gerichtlichen Eintreibung verleiten lassen, auch bei der aussergerichtlichen Zahlungseintreibung theilweise ratihabitio des Geschäftsherrn für zulässig zu halten.

Schon Regelsberger[1]) hat in seiner Kritik der Seuffert'schen Ausführungen bemerkt, dass die Argumente, mit denen Seuffert die beiden erstgenannten Fälle motivirt, „wenig Ansprechendes“ hätten, da sie „der beliebten Rüstkammer der Formalnatur der Obligationen“ entlehnt seien. Die Seuffertsche Argumentation ist jedoch nicht nur „wenig ansprechend,“ sondern geradezu unmöglich, da es sich bei der Genehmigung des Geschäftsherrn nicht um das Bestehenbleiben der Prozessobligation und der Stipulation, sondern lediglich um den Untergang der alten Forderung handelte, die dem dominus gegen den Dritten zustand[2]).

Gerichtliche und aussergerichtliche Zahlungseintreibung sind übrigens völlig von einander unabhängig. Die lex. 17 cit. weist auf den Fall der aussergerichtlichen Zahlungseintreibung hin, als auf einen bekannten, um an ihm den Fall der gerichtlichen Zahlungseintreibung zu erläutern. Seuffert könnte also höchstens behaupten „Marzell habe sich durch die zwischen aussergerichtlicher und gerichtlicher Zahlungseintreibung bestehende Aehnlichkeit verleiten lassen, auch bei gerichtlicher Zahlungs-

[1]) Regelsbergers Kritik in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band XI. S. 374.

[2]) Vgl. Zimmermann, a. a. O. S. 180 und die folgenden Ausführungen, S. 33.

eintreibung theilweise Genehmigung für wirksam zu erklären."

Die Seuffertsche Behauptung, das römische Recht habe über die erwähnten drei Fälle hinaus theilweise Genehmigung nicht gestattet, scheint mir sehr gewagt zu sein. M. E. wäre eine Untersuchung am Platze, ob sich aus den drei Quellenstellen nicht ein einheitliches Princip über die Wirksamkeit theilweiser Genehmigung herleiten liesse. Wenn Seuffert in seinen Ausführungen das Hauptgewicht auf die Scheidung zwischen logischer und wirthschaftlicher Theilbarkeit eines Rechtsgeschäftes legt, so kann man in diesem Punkte ihm nur voll beipflichten. Es ist klar, dass nicht jedes Rechtsgeschäft, welches logisch theilbar ist, auch seiner wirthschaftlichen Beschaffenheit nach sich ohne schwere Schädigung der Betheiligten in Theile zerlegen lässt; man denke z. B. nur an Grundstücke, welche allein als einheitliche Komplexe Werth für den Verkehr besitzen. Hieraus aber zu folgern, dass theilweise Genehmigung stets dem Interesse des Dritten oder des gestor zuwiderlaufe, geht nicht an. Denn es kann sehr wohl Fälle geben, in denen ratihabitio pro parte die Betheiligten nicht in wirthschaftliche Nachtheile bringt, wo sie sogar vortheilhafter für sie ist, als die gänzliche Versagung der Genehmigung. Kauft z. B. der Geschäftsführer vom Grosskaufmann A. für 10000 Mk. Waaren und der Geschäftsherr genehmigt nur auf 9000 Mk., dann wird es weit mehr dem Interesse des Dritten entsprechen, $^{9}/_{10}$ zu verkaufen, als nichts [1]).

III. Gruppe. Sehen wir uns nunmehr um nach jenen Schriftstellern, die eine theilweise Genehmigung zulassen, jedoch ihre rechtliche Möglichkeit an gewisse Voraussetzungen knüpfen.

Sintenis. Sintenis [2]) lässt theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn zu, d. h. der Summe oder Grösse nach, welche dabei in Betracht kommt, sobald dadurch der wesentliche

---

[1]) Vgl. auch Steinlechner, in Grünhuts Zeitschrift, Band IV. Seite 360.

[2]) Sintenis, practisches Civilrecht, Band I. 1844, § 18 Anm. 42 und Text.

Charakter des Rechtsgeschäftes nicht verändert wird, und der andere Kontrahent, wenn er Empfänger gewesen, einwilligt."

Eine derartige Formulirung ist nichts weiter, denn ein Versuch, die Bedeutung der ll. 17 und 18 cit. abzuschwächen.[1]) Wenn Einwilligung des dritten Kontrahenten, der Empfänger gewesen, erforderlich ist, dann kommt durch die Einwilligung des Dritten, wie bereits oben bemerkt, ein neues Rechtsgeschäft zustande, welches mit dem ursprünglichen keineswegs identisch ist: von theilweiser Genehmigung kann in einem solchen Falle nicht gesprochen werden. Theilweise Genehmigung wäre demnach nach Sintenis nur dann statthaft, wenn der Dritte nicht Empfänger gewesen ist. Also müsste sich der tertius, welcher auf Veranlassung des gestor für den dominus ein Darlehn hingab, theilweise Genehmigung gefallen lassen, während er, wenn er Darlehnsempfänger war, sich die ratihabitio pro parte nicht gefallen zu lassen brauchte, weil ihm mit einem Theile des Darlehens „nicht gedient" sein könne. Sintenis übersieht, dass der Dritte, auch wenn er nicht Empfänger war, durch theilweise Genehmigung in schwere Nachtheile gebracht werden kann. Kauft z. B. der Geschäftsführer vom Dritten ein Grundstück, dann wird der Dritte durch partielle Ratihabition oft genug in grosse wirthschaftliche Nachtheile gebracht werden, da Grundstücke häufig nur als Komplex für den Verkehr von Bedeutung sind.

Offenbar wollte Sintenis das Interesse des Dritten als massgebend für die Frage hinstellen, ob theilweise Genehmigung wirksam sei oder nicht. Dieser Gedanke brachte ihn auf die erwähnte Distinktion, welche auch von seinem Standpunkte aus zu verwerfen ist.

Verschiedene Schriftsteller haben die Wirksamkeit der theilweisen Genehmigung davon abhängig gemacht, dass die „Natur des Rechtsgeschäfts" nicht darunter leide. So zunächst Agrikola.[2]) Nach seiner Ansicht ist theil- Agrikola.

[1]) Vgl. darüber auch Seuffert a. a. O. Seite 87.

[2]) Agrikola, de ratihabitione 1848. S. 32 ff.

weise Genehmigung dann zulässig „quum in divisione negotii ipsius natura una eademque manet“. Wann aber die Natur des Rechtsgeschäftes trotz theilweiser Genehmigung ein und dieselbe bleibt, verräth Agrikola nicht, auch gibt er keinen Aufschluss darüber, was er unter „natura“ versteht.

An demselben Mangel leiden die Ausführungen von Beckhaus. Beckhaus.[1])

Er erklärt theilweise Genehmigung überall dort für zulässig, wo die Rechtsgeschäfte durch die Abtrennung einzelner Bestandtheile ihren „wesentlichen Charakter“ nicht einbüssen.

Gregory. Gleicher Ansicht ist Gregory,[2]) der fordert, „ut (sc. actus) in divisione facta naturam non mutet“.[3])

Polignani. Auch Polignani[4]) geht zurück auf die Natur des vom gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäftes (. . all' indole del negotio). Eine Untersuchung dieser Natur lässt ihn finden, dass theilweise Genehmigung nur in denjenigen Fällen zugelassen werden kann, in denen ein Interesse nicht in Frage kommt oder Berücksichtigung verdient.[5]) Aus

---

1) Beckhaus, Ueber Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1859. S. 37 ff.

2) Gregory, specimen iuris civilis de ratihabitione 1864. S. 57 ff.

3) Interessant ist die Mittheilung Gregorys, dass nach holländischem Rechte theilweise Genehmigung schlechthin zulässig ist. Vgl. auch Wetboek Art. 1421 und 1693.

4) Polignani, della ratihabitio Napoli 1869. S. 45 ff.

5) Polignani, a. a. O. S. 58: . . . . Per contrariro, se il contenuto dell' atto fosse divisibile, e si tratasse di contratto da conchiudere, cotesta divisibilità non sarebbe per sè stessa motivo sufficiente per ammettere una ratifica pro parte, non ostante l'opposizione dell' altro contraente, il quale quò avere un interesse giuridico perchè il contratto sia rispettato nella sua totalità. Non così quando si tratti di atti avenuti in esecuzione di contratti già conchiusi. In questi egli è quasi sempre possibile ratificare sola una parte di ciò che siasi operato e non riconoscere le altre. Es folgt ein Beispiel und Polignani fährt fort:

In questi e simili casi l'interesse giuridico del debitore obligato a pagare ne' modi già statuiti, non merita veruna considerazione.

diesem Grunde hätten auch die Quellen in den erwähnten drei Fällen ratihabitio pro parte zugelassen.

Zu einer ähnlichen Meinung, wie Polignani gelangt auch Zimmermann.[1]) Er erblickt in den ll. 17 und 18 citt. folgende drei Fälle: Prozesserhebung durch den procurator, Novationsstipulation und aussergerichtliche Einkassirung durch den negotiorum gestor. Zimmermann.

Eine einfache Stipulation darf man nach Zimmermanns Meinung nicht annehmen, da eine solche allein den gestor, nicht aber den dominus berechtige, wenn auch der dominus seine Genehmigung dazu ertheilt. Die in der lex 17 cit. angeführten drei Fälle beträfen lediglich den durch die ratihabitio bedingten Untergang der alten Obligation, die zwischen dem Geschäftsherrn und dem dritten bestand; auf die neue Obligation, welche infolge der alten entstanden sei und nur zwischen gestor und tertius bestehe, habe die Genehmigung keinen Einfluss.

Da in allen Fällen der l. 17 cit. wie auch im Falle der l. 18 cit. uud des Paragraphen Cato (Prozesserhebung durch den procurator), Genehmigung pro parte für den Dritten und den Geschäftsführer vortheilhafter sei, als gänzliche Versagung derselben, könne man generell für das römische und das gemeine Recht behaupten, dass theilweise Genehmigung zwar im Prinzip unzulässig sei:

Ausnahmsweise sei sie wirksam, wenn durch sie weder ein berechtigtes Interesse des gestor noch des tertius verletzt werde.

Die Zimmermann'sche Ansicht ist zur herrschenden geworden. Bedingungslos haben sich ihr von Monroy,[2]) Mitteis,[3]) Scheller,[4]) Siegerist,[5]) Bertolini[6]) und Regelsberger[7]) angeschlossen. Die Anhänger Zimmermanns.

---

[1]) Zimmermann a. a. O. S. 167—187.

[2]) v. Monroy, die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte 1878. S. 73.

[3]) Mitteis, Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte 1885. S. 217.

[4]) Scheller, Bedeutung und Wirkung der Ratihabition 1887. S. 47

Bekker. Auch Bekker[1]) hat die Zimmermann'sche Theorie zu seiner eigenen gemacht und dabei versucht, die Fälle anzugeben, in denen theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn weder die Interessen des Dritten, noch des Geschäftsführers verletzt. Sie sei unbedenklich bei reinen Erwerbsgeschäften (Schenkungsannahme) und bei reinen Veräusserungen (Hingabe als Geschenk, als dos). Im Interesse des Dritten sei sie aber sehr bedenklich bei allen Tauschgeschäften im weitern Sinne, einschliesslich der Darlehnsgabe und der Darlehnsnahme.

Eine Kritik der Polignani-Zimmermann'schen Theorie und der Bekkerschen Ausführungen setzt die Exegese der drei einschlägigen Quellenstellen voraus.

---

§ 4 Exegese der drei Quellenstellen ll. 17 und 18 D. 46. 8 und l. 4 § 1 D. 45. 1.

Zur Interpretation der bezeichneten leges sind einige einleitende Worte über römische Stellvertretung erforderlich. Das römische Recht kennt, abgesehen von einigen Ausnahmen, unter welchen besonders der Besitz und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter hervorzuheben ist, keine freie, direkte Stellvertretung. Die vom Stellvertreter gethätigten Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten nach römischem Rechte allein den Vertreter, nicht aber den Vertretenen, wie dies z. B. in der c. 1 C. 4. 27 verdeutlicht wird.

„Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus esset, idque pactum etiam stipulatio insecuta esset, nulla domino obligatio adquisita est.“

---

[5]) Siegerist, a. a. O. S. 47 ff.
[6]) Bertolini, a. a. O. S. 102.
[7]) Regelsberger, Pandekten I. Band 1893. S. 597.
[1]) Bekker, Pandekten II. Band 1889. S. 222.

So wurde auch der Prozessstellvertreter, wenn er gewöhnlicher procurator war, für sich allein durch den Prozess berechtigt und verpflichtet, trotzdem er „alieno nomine," also im Namen des dominus klagte[1]): intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. (Gai Jnst. IV. § 86)[2]).

War der Prozessstellvertreter freilich als cognitor „certis et quasi solemnibus verbis"[3]) bestellt worden, dann ging die actio iudicati auf den dominus selbst über, „cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur" heisst es in § 317 der Fragmenta Vaticana.

Eine derartige Struktur des römischen Prozessrechtes barg eine grosse Gefahr für den Prozessgegner des procurator in sich, denn dem dominus blieb die Möglichkeit übrig, de eadem re gegen den Dritten zu prozediren, weil sich der vorige Prozess nicht inter easdem personas abgespielt hatte: periculum est enim, ne iterum de eadem re dominus experiatur. (Gai. IV. § 98).

Gegen diese Härten suchte sich der Prozessgegner zu schützen, indem er sich vom procurator eine stipulatio „dominum ratum habiturum" versprechen liess. „Procurator vero si agat, satis dare iubetur ratam rem dominum habiturum" schreibt Gaius in § 98 des vierten Kommentars seiner Institutionen. Der procurator wurde formlos „nullis certis verbis"[4]) vom dominus bestellt. Manche Juristen zur Zeit des Gaius nahmen an, dass auch derjenige, dem kein Auftrag zu Theil geworden, sondern der als negotiorum gestor den dominus im Prozesse vertrat, als procurator anzusehen sei: si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum. (Gai. IV. 86).

---

[1]) Im Folgenden wird aus taktischen Gründen allein vom Prozessstellvertreter als Kläger die Rede sein.

[2]) Ebenso fr. 317 der Fragmenta Vaticana.

[3]) Arg. Gai. Jnst. §§ 84 und 97.

[4]) Arg. Gai. IV. § 84.

So war die Sachlage zur Zeit des römischen Formularprozesses.

Die lex 17 D. 46. 8 enthält vier Rechtsfälle, von welchen jedoch nur die drei ersten für unser Thema in Betracht kommen; der vierte Rechtsfall hat nämlich eine Alternativobligation: „decem aut Stichum, utrum ego voluero" zum Gegenstande. In Abwesenheit des dominus hatte der gestor fünf eingeklagt und diese Handlung des Geschäftsführers fand die volle nachträgliche Billigung des dominus. Von theilweiser Genehmigung ist nicht die Rede, sondern von der in totum ertheilten ratihabitio zu einer durch den dominus erhobenen, nur auf einen Theil der Forderung gerichteten Klage.

Der erste Fall der lex 17 cit. betrifft dagegen offenbar eine theilweise Genehmigung durch den Geschäftsherrn. Es ist als sicher anzunehmen, dass der eingangs der lex erwähnte procurator (Titius) als negotiorum gestor gedacht ist, was aus dem Tenor der ganzen Stelle hervorgeht[1]. Denn der zweite und dritte Fall betreffen eine negotiorum gestio, und auch in dem bereits erwähnten vierten Rechtsfalle kann nur eine negotiorum gestio angenommen werden.

Wir haben es im ersten Rechtsfalle mit einer indirekt-stellvertretenden negotiorum gestio zu thun, bei welcher der gestor erklärt hat, den dominus vertreten zu wollen. (Also aufgedeckte neg. gestio. Der gestor klagt creditoris nomine).

Dass der procurator unterlegen sei, wie Accursius[2]) behauptet, braucht nicht angenommen zu werden; ebensowenig kann aber gesagt werden, der procurator habe den Prozess gewonnen. Thatsächlich ist eingangs der lex 17 cit. nur behauptet, der dominus habe einen Theil des Prozesses nachträglich genehmigt und durch diese ratihabitio sei ein Theil der (alten) Obligation untergegangen, nach geschehener Litiscontestation. Nur die

---

[1]) Vergl. die Glosse ad hanc legem in Dig. vetus, Parisiis 1559. col. 1254.

[2]) Glosse ad hanc legem loco cit. col. 1254, nota von Accursius.

alte Obligation zwischen dominus und tertius konnte in Frage kommen; denn die neue Obligation zwischen gestor und tertius blieb trotz der nachfolgenden Genehmigung ganz aufrecht erhalten.

Mit Recht nimmt die Glosse an, dass eine cautio de rato vom procurator gestellt wurde, da der procurator nur gegen cautio de rato als Prozessstellvertreter zugelassen wurde [1]).

Marzell wollte den ersten Rechtsfall näher veranschaulichen und führte zu diesem Zwecke noch zwei andere Fälle an, in denen theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn gestattet war: den Fall der stipulatio und der aussergerichtlichen Zahlungseintreibung durch den gestor.

Unter der erwähnten stipulatio versteht Accursius eine Novationsstipulation; eine Ansicht, welche auch von Zimmermann und Bertolini [2]) vertreten wird.

Man kann der Meinung des Accursius nur beipflichten. Wie die oben bereits citirte c. 1 C. 4. 27 darthut, berechtigte eine vom Stellvertreter abgeschlossene stipulatio niemals den dominus selbst; derselbe war infolgedessen auch ausser stande, sich durch nachträgliche Genehmigung die vom gestor abgeschlossene Stipulation zuzueignen. Da aber Marzell behauptet, durch die theilweise Genehmigung des dominus werde ein Theil der Obligation konsumirt, muss nothwendigerweise noch eine andere Obligation, als die durch stipulatio des gestor zustande gekommene in Frage stehen, welche die Voraussetzung zu der stipulatio des gestor bildet: eine Obligation zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Dies wird ausserdem bestätigt durch den Parallelismus zwischen Novation und Litiscontestation. Nur auf eine solche Forderung konnte die nachträgliche Genehmigung des Geschäftsherrn von Einfluss sein. Wahrscheinlich wollte Marzellus das Beispiel der Prozesserhebung durch den procurator beibehalten. Dann dürfte der Sinn der Worte „si decem stipulatus esset“

[1]) Arg. Gai. IV § 84.

[2]) Zimmermann, a. a. O. S. 180. Bertolini, a. a. O S 101.

sein: „oder wenn der gestor über die erwähnten decem eine Stipulation abschloss . . . .“

Ebenso wie die beiden vorhergehenden Rechtsfälle entscheidet Marzell den Fall der aussergerichtlichen Zahlungseintreibung durch den gestor.

Die theilweise Genehmigung hat auch hier den Erfolg, dass ein Theil der Forderung des Geschäftsherrn gegen den Dritten untergeht, während der dominus wegen des nicht genehmigten Theils nochmals Klage erheben kann.

Es ist keineswegs nothwendig, mit Accursius anzunehmen, der procurator habe auch in den beiden letztgenannten Fällen cautio de rato gestellt: ausserhalb des römischen Prozessrechtes bestand für den gestor keine Verpflichtung zur cautio de rato.

An dieser Stelle soll noch eines verfehlten Versuches zur Erklärung der lex 17 cit. gedacht werden. Polignani[1]) nimmt nämlich an, der Prinzipal erlasse in den erwähnten drei Fällen dem Dritten den Rest der Forderung!

Einer derartigen Annahme widersprechen aber die Worte: dicendum est partem obligationis esse consumptam. Erliesse der dominus dem Dritten wirklich den Rest der Forderung, dann träte Untergang der ganzen alten Obligation, nicht eines Theiles derselben ein.

Auffallender Weise hat Cannada Bartoli[2]) sich vollständig der Meinung Polignanis angeschlossen. Auch die lex 18 D. 46. 8. betrifft eine Prozessstellvertretung durch den procurator. Bei ihr liegt jedoch nicht der mindeste Grund vor, eine negotiorum gestio anzunehmen, da die stipulatio „ratam rem dominum habiturum“ in den meisten Fällen vom verus procurator geleistet wurde. Die ganze Stelle weist mit keinem Worte auf eine negotiorum gestio hin: infolgedessen sind wir nicht berechtigt, den seltsamen Fall der Prozessstellvertretung durch den negotiorum

---

[1]) Polignani, a. a. O. S 50 ff.

[2]) Vgl. Cannada Bartoli, la ratifica riguardo alla inesistenza ed alla rescindibilità degli atti giuridici. Napoli 1885. S. 207 ff.

gestor anzunehmen.[1]) Trotz alledem bietet auch eine Prozessstellvertretung kraft Mandates Anhaltspunkte für unsere Streitfrage, da sie infolge der Aehnlichkeit, die zwischen negotiorum gestio und Mandat besteht, einen Analogieschluss ermöglicht.

Pomponius behandelt in dem erwähnten Fragmente die Prozessstellvertretung durch den procurator, welcher mit seiner Gegenpartei eine Interessestipulation „ratam rem dominum heredemve eius habiturum" abgeschlossen hat. Der Jurist erörtert an diesem Rechtsbeispiel zwei Rechtsfälle: die Genehmigung durch einen Theil der Erben nach dem Tode des dominus und die theilweise Genehmigung durch den Geschäftsherrn selbst.

Auch in der lex 18 cit. ist der Prozessstellvertreter als Kläger gedacht, was sich schon aus der Bezeichnung procurator ergiebt, welche bei Gaius und in der Kompilation stets vom Kläger angewendet wird, während der Prozessstellvertreter des Beklagten defensor genannt wird. Ob nun im vorliegenden Falle nur ein Erbe genehmigt, während der andere die Genehmigung versagt: die Rechtswirkung bleibt dieselbe. Die theilweise Genehmigung ist rechtsgiltig und der procurator verwirkt die stipulatio nur zu jenem Theile, für welchen nicht genehmigt wurde: quia in id committitur, quod intersit agentis.

Es erübrigt eine Interpretation des schwierigen, vielumstrittenen Catoparagraphen, der l. 4 § 1 D. 45. 1.

In diesem Paragraphen führt Paulus zunächst die Meinung des Cato[2]) an; die eigene Ansicht des Paulus ist dagegen in den Schlussworten des Paragraphen vom Satze: sed videamus, ne . . . an ausgesprochen.

---

[1]) Die Glosse nimmt a. a. O. Prozessstellvertretung durch den falsus procurator an. Zur Zeit des Pomponius war noch ein Theil der Juristen der Meinung, dass auch der neg. gestor als procurator auftreten könne. (Gai IV. 84).

[2]) Wahrscheinlich M. Porcius Cato, ein Sohn des Cato Censorius. Vgl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band XV, S. 177 ff. Lenel, Palingenesia I. S. 126 lässt die Frage offen. Vgl. noch Jörs, Röm. Rechtswissenschaft. Band I. S. 295 ff.

Folgendes ist der Rechtsfall und seine Entscheidung durch Cato.[1])

Wenn der Erblasser certa pecunia als Strafe für den Fall einer vertragswidrigen Handlung versprochen hat und einer der Erben gegen dieses Versprechen handelt, dann wird entweder die Strafe von allen Erben nach dem Verhältnisse ihrer Erbtheile verwirkt oder nur von dem zuwiderhandelnden Erben und zwar pro portione sua. Alle Erben haben nach Catos Ansicht die Strafstipulation verwirkt, wenn die Vornahme, auf welche sich die Abrede bezog, untheilbar ist, (z. B. die Ausübung einer Wegeservitut); der zuwiderhandelnde Erbe allein, wenn die Vornahme getheilt werden kann (z. B. amplius non agi). Mit der stipulatio „amplius non agi" setzt Paulus die stipulatio „Titium heredemve eius ratum habiturum" auf eine Stufe. Denn wie bereits Cujaz[2]) hervorgehoben hat, enthalten die Worte sed videamus, ne non ..... keine Frage, sondern eine Affirmation[3]), gegen welche möglicherweise noch Zweifel erhoben werden können.

Nach der Ansicht des Paulus wird also die Strafstipulation „ratam rem dominum heredemve habiturum" nur zum Theil verwirkt, wenn ein Theil der Erben die Genehmigung versagt; denn die Vornahme, (id factum de quo cautum sit) um derentwegen sie eingegangen wurde, d. i. die Genehmigung, ist theilbar.

Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft Paulus sich auf Marzell, (idque et Marcello videtur) und fährt fort: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. Enthalten nun diese Worte die Ansicht des Marcellus? Darüber streitet man. M. E. ist es schlechterdings unmöglich zu entscheiden, ob wir es mit den Worten des Paulus oder

---

[1]) Vgl. Ubbelohde, Untheilbare Obligationen. 1862. S. 129—145. S. 285—309.

[2]) Jacobus Cuiacius, Opera. Appendix. Lutetiae Parisiorum 1658. col. 264.

[3]) Vgl. besonders Ubbelohde, a. a. O. S. 297 ff, welcher für diese Behauptung zahlreiche Belege aus Cicero, Gajus und der Kompilation beibringt.

mit den Worten des Marcellus zu thun haben. Bei der Lesart der Mommsen'schen Digestenausgabe, welche vor quamvis ein Komma setzt, kann es zweifelhaft erscheinen; setzt man, wie es in andern Ausgaben geschehen ist,[1]) vor quamvis einen Strichpunkt, dann dürften wir es wohl unzweifelhaft mit den Worten des Paulus zu thun haben. Jedenfalls war Marzell nicht anderer Meinung, als Paulus, sonst hätte Paulus durch irgend einen Zusatz angedeutet, dass er sich in diesem Punkte mit Marzell, den er gerade zuvor citirt, nicht in Uebereinstimmung befinde.

Da aber Marzell in der l. 17 cit. theilweise Genehmigung des dominus ausdrücklich für zulässig erklärt, sind wir zu der Annahme gezwungen, dass der Widerspruch der Schlussworte des Paragraphen Cato zu den beiden citirten andern leges nur ein scheinbarer ist. Stellen wir zunächst fest, wer im letzten Rechtsfalle der l. 4, § 1 D. 4. 5. 1 als der reus promittendi gedacht wird. Etwa der procurator?

Dagegen sprechen zwei schwer in die Wagschale fallende Gründe. Einmal ist in der Stelle die Rede von der Haftung des nicht genehmigenden Erben. Eine solche Haftung ist aber rechtlich unmöglich, wenn der procurator die Strafstipulation „Titium heredemque eius ratum habiturum" eingegangen hatte; denn aus Stipulationen wurde, wie eingangs dieser Erörterung bemerkt, allein der Vertreter verpflichtet. Girtanner[2]) irrt also, wenn er eine Haftung der Erben aus der Strafstipulation des procurator annimmt. Ausserdem geht aber die ganze Stelle von der Haftung der Erben des promissor aus, ein Umstand, der mit Sicherheit darauf schliessen lässt, dass der dominus selbst, nicht aber der procurator als reus promittendi gedacht werden muss.[3]) Ob wir nun mit Seuffert[4]) annehmen, der Prinzipal habe dem tertius

---

[1]) Z. B. Ubbelohde, a. a. O. S. 131.

[2]) Girtanner, a. a. O. S. 29.

[3]) Vgl. auch die Glosse, ad l. 18 D. 46. 8, loco cit. col. 1255.

[4]) Seuffert, a. a. O. S. 85. Seuffert stützt sich auf die l. 44 § 6 D. 10. 2 und die l. 65. D. 3. 3.

Ratihabition versprochen, um ihn vor einer nochmaligen Klagerhebung zu sichern, oder mit Zimmermann[1]) der procurator, welcher wegen der Urtheilsfolgen und der Prozesskosten besorgt war, sei der stipulator gewesen: das ist für unsere Streitfrage durchaus irrelevant.

Sicher liegt, da der dominus selbst die cautio de rato stellt, keine negotiorum gestio, sondern eine Prozessstellvertretung kraft Mandates vor.

Die Erklärung, der dominus könne nicht pro parte ratihabiren, steht scheinbar im Widerspruche zur l. 18 cit. Donell[2]) hat deshalb Recht, wenn er die Worte quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest, aus der condicio und hypothesis des vorliegenden Falles erklärt. Die condicio und hypothesis war aber, dass Ratihabition poena certae pecuniae vom dominus versprochen wurde, und sind die Schlussworte des Paragraphen Cato demnach sicher so aufzufassen: Der dominus selbst kann, im Gegensatze zu seinen Erben, nicht zum Theil genehmigen, ohne die ganze Strafstipulation zu verwirken. Der Unterschied zwischen der l 18 D. 46. 8 und dem letzten Falle des Paragraphen Cato liegt darin, dass hier eine Straf-, dort eine Interessestipulation in Frage steht.

§ 5. Folgerungen aus der Exegese.

Die drei Fälle, in denen die Quellen theilweise Genehmigung des dominus zulassen, betreffen sämmtlich eine indirekt-stellvertretende, aufgedeckte negotiorum gestio. Sie alle behandeln ein Rechtsgeschäft des gestor, dessen theilweise Genehmigung für den Geschäftsführer vortheilhaft ist im Vergleich zur gänzlichen Versagung der Genehmigung. Und zwar ist ratihabitio pro parte in allen drei Fällen deshalb für den gestor vortheilhafter, als die Versagung der Genehmigung, weil er so nur bezüglich eines Theiles der neuen zwischen ihm und dem tertius zustandegekommenen Obligation

[1]) Zimmermann, a. a. O. S. 174 ff.

[2]) Donell, loco cit. vol. 11 coll. 494 u. 495.

Weiterungen vom Dritten zu gewärtigen hat. Anzunehmen, dass es allein in den drei von den Quellen erwähnten Fällen für den gestor vortheilhafter wäre, wenn nur pro parte, als wenn gar nicht genehmigt würde, geht nicht an. Vielmehr lassen sich noch unzählige Fälle konstruiren, in welchen der gestor bei theilweise ertheilter Genehmigung besser steht, als bei völlig versagter. Ein Rechtsverhältniss des dominus zum tertius kommt in den von den Quellen erwähnten Fällen nicht in Betracht; denn sie betreffen, was nicht genug hervorgehoben werden kann, eine indirekt-stellvertretende, aufgedeckte neg. gestio. Zimmermann irrt also mit der Annahme, dass theilweise Genehmigung in den Quellen deshalb für zulässig erachtet werde, „weil durch sie ein berechtigtes Interesse des tertius oder des gestor nicht verletzt werde.“ Nur weil das Interesse des gestor nicht verletzt wird, gestattet Marzell theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn.

Der Ausdruck, weil ein „berechtigtes Interesse nicht verletzt wird“, ist schon mehrfach missverstanden worden, so von Steinlechner in der erwähnten Kritik zu den Zimmermannschen Ausführungen. Das „berechtigte Interesse des g.“ besteht eben darin, dass er durch die theilweise Genehmigung nicht in eine ungünstigere Lage versetzt wird, wie durch ihre völlige Versagung. Ich glaube daher mit der Behauptung nicht irre zu gehen: dass theilweise Genehmigung bei indirekt-stellvertretender neg. gestio nur dann wirksam ist, wenn durch sie der gestor nicht in eine ungünstigere Lage versetzt wird, als es bei gänzlich versagter Genehmigung der Fall sein würde.

Bei direkt-stellvertretender negotiorum gestio, die für das gemeine Recht von weitaus grösserer Bedeutung ist, als sie es für das römische Recht war, muss naturgemäss auch auf das Interesse des Dritten gebührende Rücksicht genommen werden.

Man kann infolgedessen mit Sicherheit schliessen, dass bei direkt-stellvertretender negotiorum

gestio dann theilweise Genehmigung wirksam ist, wenn durch sie der gestor und der tertius nicht ungünstiger, als bei gänzlich versagter Genehmigung zu stehen kommen.

Darüber, ob auch bei unechter negotiorum gestio theilweise Genehmigung wirksam ist, hat sich bisheran noch kein Schriftsteller geäussert. M. E. ist sie in allen möglichen Fällen der unechten negotiorum gestio wirksam, wenn durch sie betheiligte Persönlichkeiten nicht in eine ungünstigere Situation gerathen, als es bei gänzlich versagter Genehmigung der Fall wäre.

Bekker scheint mir, nach Aufstellung dieser Grundsätze, Recht zu behalten mit der Behauptung, dass bei reinen Erwerbs- und Veräusserungsgeschäften des gestor theilweise Genehmigung unbedenklich, dagegen bei allen Tauschgeschäften im weitern Sinne sehr bedenklich sei.

Wann sie im letztgenannten Falle wirksam ist, bleibt Thatfrage.

B. Fälle, in denen mehrere Rechtsgeschäfte den Inhalt der negotiorum gestio bildeten.

§ 6.

Wenn mehrere Rechtsgeschäfte Gegenstand der Geschäftsführung waren, so können diese Rechtsgeschäfte unter sich in einem rechtlichen Zusammenhang stehen oder nicht. Stehen sie unter sich nicht in rechtlichem Zusammenhang, dann versteht es sich von selbst, dass der Geschäftsherr für einige derselben die Genehmigung ertheilen, für andere sie versagen kann. Doch wäre es ein Irrthum, hier von Genehmigung pro parte zu sprechen. Eine derartige Genehmigungsweise ist vielmehr keine theilweise, weil verschiedene negotiorum gestiones vorliegen, die zufälligerweise von derselben Person vorgenommen werden. Bei solcher Sachlage bildet das einzelne Rechtsgeschäft keinen Theil eines rechtlichen Ganzen, es besteht unabhängig und für sich allein.[1]

[1] Vgl. Bertolini a. a. O. S. 92.

Haben freilich die Rechtsgeschäfte unter sich einen rechtlichen Zusammenhang, dann lassen sich m. E. zwei Gruppen unterscheiden:

I. Gruppe. Rechtsgeschäfte, welche in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander stehen.

II. Gruppe. Rechtsgeschäfte, von denen eins oder einige unabhängig sind, während die andern zu ihnen in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen.

Bezüglich der erstgenannten Gruppe ist theilweise Genehmigung unzulässig, weil sie einer Versagung der Genehmigung gleich käme. Es schliesst z. B. der gestor mit dem Dritten zwei Kaufverträge ab unter der Abrede, dass das eine mit dem andern stehen oder fallen soll. Ratihabitio pro parte würde in diesem Falle eine Abänderung der Vertragsbestimmungen enthalten. Anders liegt es, wenn ein Theil der Rechtsgeschäfte unabhängig ist. Hat z. B. der gestor vom Dritten ein Grundstück gekauft und später vom A eine Prädialservitut für dieses Grundstück (praedium dominans) bestellt, dann kann der Kauf des Grundstückes für sich allein genehmigt werden, weil er unbedingt abgeschlossen wurde: die Genehmigung der Prädialservitut allein ist dagegen juristisch unmöglich, weil sie das Eigenthum an dem herrschenden Grundstücke zur Voraussetzung hat.

Allgemein gefasst dürften für zusammenhängende Rechtsgeschäfte folgende Regeln Platz greifen:

I. Rechtsgeschäfte des Geschäftsführers, welche zu einander in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnisse stehen, kann der Geschäftsführer nur als Ganzes genehmigen oder ausschlagen.

II. Sind bei einer Mehrheit von Rechtsgeschäften eins oder einige unabhängig, während die andern zu ihnen in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, dann kann der dominus die unabhängigen allein genehmigen, die abhängigen dagegen nur in Verbindung mit den unabhängigen [1]).

[1]) Zu andern Resultaten sind gelangt: Seuffert, a. a. O. S. S. 79 u. 80. Bertolini, a. a. O. S. 92.

C. Die Berechtigung der Erben des Geschäftsherrn zur theilweisen Genehmigung.

§ 7.

Verschiedene Rechtsgelehrte[1]) haben den Erben des dominus, welcher vor ertheilter Genehmigung stirbt, jede Berechtigung zur Ratihabition abgesprochen.

Abgesehen davon, dass eine solche Behauptung den klaren Worten der l 18 D. 46. 8 und der l 4 § 1 D. 45. 1 widerspricht, abgesehen davon, dass dann die stipulatio: „Titium heredemve eius ratum habiturum" zwecklos sein würde[2]), ergibt sich die Berechtigung der Erben zur Ratihabition aus der Natur der negotiorum gestio.[3]) Die negotiorum gestio selbst und ihre Folgen sind Bestandtheile des Nachlasses. Daher steht die Ratihabition ebensogut den Erben, wie dem Geschäftsherrn selbst zu, „nicht weil sie ein erworbenes Recht des Erblassers und als solches in der Erbschaft enthalten ist, sondern weil der Erbe kraft des ererbten Verhältnisses der gestio aus seiner Person dieselbe erwirbt."

Da im römischen Rechte der Grundsatz galt, dass durch Universalsuccession keine Verschlechterung der mit dem Universalsuccessor in ein Rechtsverhältniss getretenen Personen eintreten solle, so dürfen wir behaupten, dass die Erben des Geschäftsherrn nur dann zur theilweisen Genehmigung befugt sind, wenn auch der dominus selbst dazu berechtigt gewesen wäre. Theilweise Genehmigung durch die Erben des Geschäftsherrn kann auf dreifache Art zustandekommen:

1. Die Erben einigen sich, nur einen Theil der gestio zu genehmigen.

2. Ein Theil der Erben genehmigt für seinen Theil ganz, ein anderer verweigert die Genehmigung.

---

[1]) Z. B. Brinz. Krit. Blätter. 2. Heft. S. 40.

[2]) Man könnte dagegen vielleicht einwenden, dass die l. 18 D. 46 8 und der § Cato von einem Mandate handeln.

[3]) Seuffert a. a. O. S. 27.

3. Ein Theil der Erben schlägt pro portione sua ganz aus oder genehmigt ganz, während der andere pro portione sua theilweise genehmigt.

Wenn theilweise Genehmigung dem dominus nicht gestattet gewesen wäre und ein Erbe verweigert die Genehmigung pro portione sua, dann gilt die Genehmigung als versagt. Ein Recht der übrigen Erben, den nicht genehmigenden Miterben mit der actio familiae erciscundae zu belangen[1], dürfte wohl nicht gegeben sein, denn die Genehmigung ist ein spontaner Rechtsakt, welcher sich nicht erzwingen lässt.

D. Die Rechtswirkungen der theilweisen Genehmigung.

§ 8.

Die vorigen Abschnitte haben die Möglichkeit und die Zulässigkeit der theilweisen Genehmigung behandelt; es erübrigt noch zu erörtern, welche Rechtswirkungen die theilweise Genehmigung dort, wo sie zulässig ist, erzeugt.

Für uns kommen nur diejenigen Rechtsfolgen in Betracht, welche durch die theilweise Genehmigung als solche hervorgerufen werden[2]. Wenn die negotiorum gestio eine direkt-stellvertretende war, dann bleibt nach erfolgter theilweiser Genehmigung das vom Geschäftsführer abgeschlossene Rechtsgeschäft zu dem Theile bestehen, für welchen ratihabirt wurde. Der Rest wird nichtig, natürlich nur insofern in der theilweisen Genehmigung zugleich eine Versagung der Genehmigung liegt, was nicht immer der Fall ist.

War die negotiorum gestio hingegen eine indirekt-stellvertretende, dann bleibt das vom gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft ganz bestehen, weil die ratihabitio ohne Einfluss auf dasselbe ist.

---

[1]) Diese Frage ist von Zimmermann angeregt worden a. a. O. S. 181 Anm. 229.

[2]) Vergl. darüber hauptsächlich Bertolini, a. a. O. S. 103.

Bezüglich des genehmigten Theiles stehen den Betheiligten dieselben Rechtsmittel zu, welche sie bei völlig ertheilter Genehmigung zur Anwendung bringen können, ebenso wegen des nicht genehmigten Theils. War z. B. das Rechtsgeschäft unter der Voraussetzung zustande gekommen, dass eine frühere Obligation zwischen dominus und tertius untergehe, dann kann der tertius bei nur theilweise ertheilter Genehmigung sich gegen eine Forderung des indirekt-stellvertretenden gestor mit der (prätorischen) exceptio doli schützen. Will er aber auch civiliter frei sein, so kann er die neue Obligation zu dem entsprechenden Theile mit der condictio causa data, causa non secuta kondiziren.

III. THEIL.

Ueber Vorschläge de lege ferenda. Schlusszug.

---

§ 9. Ueber Vorschläge de lege ferenda.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich erster Lesung hat unsere Streitfrage nur rücksichtlich des negotium inutile gestum gestreift. In den Motiven[1]) heisst es: „Es liegt im freien Willen des Geschäftsherrn, ob er das inutile negotium genehmigen will. Wieweit die Genehmigung reicht, ist Thatfrage. Sie kann sich auf das Einschreiten des Geschäftsführers und auf die Art und Weise der Ausführung, aber auch nur auf das Einschreiten, nicht auch oder nicht im vollen Umfange auf die Art der Ausführung beziehen. Der Entscheidung an der Hand der konkreten Umstände darf in dieser Beziehung durch eine gesetzliche Vorschrift nicht vorgegriffen werden.“

So heisst es denn in § 758 des ersten Entwurfs:

„ . . . **Soweit** jedoch eine solche Geschäftsführung von dem Geschäftsherrn genehmigt wird, erlangt der Geschäftsführer nicht allein den im § 753 bezeichneten

---

[1]) **Motive, Band II. S. 867.**

Anspruch, sondern auch Befreiung von den Ansprüchen des Geschäftsherrn auf Schadenersatz wegen mangelhafter Geschäftsbesorgung". Der Entwurf zweiter Lesung schreibt dagegen in dem zu § 758 des ersten Entwurfs korrespondirenden § 615:

„Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 614 bezeichnete Anspruch zu."

Augenscheinlich hat man durch diese neue Formulirung die Zulässigkeit der theilweisen Genehmigung verneinen wollen. Mit Recht. Denn der Entwurf erster Lesung bestimmte in § 88, 3. Absatz:

„Eine Annahme (sc. eines Vertrags) unter Erweiterungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung, verbunden mit neuem Antrage."

Fast dieselbe Formulirung hat der entsprechende § 123 des Entwurfs zweiter Lesung.

Wie Zitelmann[1]) hervorhebt, enthält der dritte Absatz des § 88 des ersten Entwurfes nur eine Auslegungsregel, welche auch für andere Fälle, als für diejenigen nicht kongruenter Annahmeerklärung gilt. So erblickt Zitelmann auch in der Genehmigung des Geschäftsherrn unter Abänderung die Versagung der Genehmigung, verbunden mit neuem Antrage. Nach seiner Ansicht kommt durch Annahme dieses Antrages ein neues Rechtsgeschäft zustande durch eine Konversion.

Den Ansichten Zitelmanns kann man nur beipflichten. Denn dass der dritte Absatz des § 88 eine Auslegungsregel enthält, welche durch Analogie auch auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar ist, ist klar: Zitelmanns übrige Behauptungen ergeben sich von selbst aus dieser Voraussetzung.

---

§ 10. Schlusszug.

Zum Schlusse dürfte es angebracht sein, die Resultate dieser Arbeit nochmals in kurzen Sätzen zusammenzufassen:

---

[1]) Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entwurf I. S. 131.

I. Theilweise Genehmigung bei rechtlich untheilbaren Rechtsgeschäften ist unmöglich.

II. Theilweise Genehmigung hinsichtlich der Vertragsbestimmungen gilt als Versagung der Genehmigung, verbunden mit neuem Antrage.

III. Die l. 17 D. 46. 8 betrifft allein die theilweise Genehmigung einer negotiorum gestio. Die drei dort erwähnten Fälle haben eine aufgedeckte, indirekt-stellvertretende negotiorum gestio zum Gegenstande.

IV. Theilweise Genehmigung ist nach römischem und gemeinem Rechte im Prinzip nicht zulässig. Sie ist nur ausnahmsweise wirksam und zwar:

A. Bei einem Rechtsgeschäfte:

1. Bei indirekt-stellvertretender neg. gestio, wenn durch sie die Lage des gestor sich nicht ungünstiger gestaltet, als durch völlige Versagung.

2. Bei direkt-stellvertretender neg. gestio, falls durch sie die Lage des tertius und des gestor keine ungünstigere wird, als es bei völlig versagter Genehmigung der Fall wäre.

3. Bei unechter neg. gestio, wenn durch die theilweise ratihabitio die Lage betheiligter Personen sich nicht ungünstiger gestaltet, als es bei gänzlich versagter Genehmigung der Fall wäre.

B. Bei mehreren Rechtsgeschäften:

1. Bei rechtlich nicht zusammenhängenden Rechtsgeschäften kann der dominus stets einen Theil derselben genehmigen, einem andern Theile derselben die Genehmigung versagen.

2. Bei rechtlich zusammenhängenden Rechtsgeschäften ist theilweise Genehmigung unmöglich, wenn alle Rechtsgeschäfte zu einander in wechselseitiger Abhängigkeit stehen. Sind eins oder einige unabhängig, während die andern zu ihnen in einem Abhängigkeits-Verhältnisse stehen, dann kann der dominus die unabhängigen allein genehmigen, die abhängigen dagegen nur in Verbindung mit den sie bedingenden unabhängigen.

V. Die Berechtigung der Erben des dominus zur theilweisen Genehmigung reicht ebensoweit, wie diejenige des Erblassers.

VI. Bei direkt-stellvertretender neg. gestio tritt durch theilweise Genehmigung theilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ein, während dasselbe bei indirekt-stellvertretender neg. gestio ganz bestehen bleibt.

VII. Der Entwurf 2. Lesung lässt theilweise Genehmigung des Geschäftsherrn nicht zu.

